

## **REMEDIOS ANTE LA RESOLUCIÓN O RETRACTACIÓN ARBITRARIA O INJUSTIFICADA DE UN CONTRATO**

Por: Ernesto Rengifo García

En términos generales la resolución es la destrucción de un contrato por incumplimiento de las obligaciones y, en términos específicos, es el efecto producido por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, o por el cumplimiento de la condición resolutoria tácita de que habla el renombrado artículo 1546 del Código Civil. En fin, la resolución judicial del contrato supone el incumplimiento contractual. La tendencia actual es la permisibilidad del derecho a la resolución privada o destrucción unilateral del vínculo, con ciertos resguardos, sin la intervención del juez, por la parte cumplida del contrato.

Dicho todo esto, la pregunta que surge es la de qué pasa cuando la resolución unilateral extrajudicial, o la retractación unilateral ha sido arbitraria, abusiva o contraria a la buena fe<sup>1</sup>. ¿Qué remedios, entonces, tendría el contratante desilusionado que vio frustrada su expectativa por la no ejecución del contrato?

Antes de mirar lo que acontecería en un escenario judicial, esto es, el control *ex post* de la rescisión unilateral, veamos lo que señala la legislación en punto del resarcimiento cuando el contrato para la confección de una obra material ha sido rescindido por el comitente sin mediar decisión judicial. El artículo 2056 del Código civil señala: “[...] *el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un*

---

<sup>1</sup> “En algunos significativos pronunciamientos jurisprudenciales la buena fe y el abuso del derecho son considerados instrumentos equivalentes, ambos idóneos para sancionar la conducta arbitraria de la parte que se retracta”: MATTEO DELLACASA, *La retractación arbitraria, entre principios y remedios*, en Revista de Derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, No 22, enero-junio 2012, p. 111. En derecho colombiano el abuso del derecho o el desconocimiento del principio de la buena fe son utilizados como medios de control a la terminación unilateral y anticipada del contrato: Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de junio de 2011, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

*precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra”.*

Es decir que la norma en este tipo de contrato permite la rescisión unilateral; sin embargo, el contratante deberá reembolsar al constructor, al hacedor, al artífice todos los costos: lo que valga lo que ha hecho y “lo que hubiera podido ganar en la obra”, o también, lo que hubiera podido obtener como ganancia de no haberse interrumpido la ejecución del contrato<sup>2</sup>. En corto, el contratante deberá reparar integralmente al artífice.

Para la doctrina el legislador le atribuye el derecho de rescisión al comitente porque seguramente interrumpiendo la prestación el constructor se ahorra los costos que implica la ejecución del contrato. “Porque tal derecho en favor del que encarga la obra tiene su razón de ser, como lo reconoce en general la doctrina, en que sería exagerado forzarlo a mantener vivo un contrato en cuyo resultado final es el único interesado, no obstante haber desaparecido su interés en él, o no hallarse en condiciones de cumplir con lo suyo, a fuer simplemente de que contractualmente está obligado a ello. Nada obsta, pues, a reconocerle ese derecho, si a la vez se le impone la carga de indemnizar al artífice, empresario u operario”<sup>3</sup>.

Esta solución normativa constituye una especie de ruptura eficiente del contrato en la medida en que la ejecución de la prestación característica, de la cual el acreedor ha perdido interés, comportaría costos relevantes. En razón de esa

---

<sup>2</sup> Diferente es la hipótesis que plantea el artículo 2059, en el mismo capítulo sobre el contrato para la confección de una obra material, ya que aquí se prevén las opciones judiciales que el contratante cumplido tiene en contra del artífice incumplido similar a las que se prevé en el artículo 1546, es decir, la alternativa que se tiene en los contratos bilaterales cuando una parte ha incumplido el acuerdo. Señala, entonces, la primera norma mencionada lo que sigue: “*Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán por las dos partes peritos que decidan. Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios*”.

<sup>3</sup> Cesar Gómez Estrada, *De los principales contratos civiles*, Bogotá, Temis, tercera edición, 1999, p. 326.

pérdida de interés en la prestación característica, se le reconoce a su acreedor el derecho de rescisión unilateral del contrato colocando a su cargo la obligación de resarcir el daño<sup>4</sup>. El legislador, pues, desactiva la acción de cumplimiento para evitar que la ejecución del contrato comporte un derroche de recursos. Este es, pues, un instrumento técnico adoptado por el legislador: permitir la rescisión discrecional acompañada del resarcimiento del daño<sup>5</sup>.

Dicho esto, se pasa al plano judicial en donde la labor del juez se activa cuando el contratante desilusionado estima que la retractación ha sido contraria a la buena fe o porque la disolución unilateral del vínculo se ha hecho sin una razón justificativa. Pensemos en la hipótesis de que el vínculo se ha terminado unilateralmente sin que la contraparte contractual haya podido amortizar las inversiones realizadas para ejecutar el contrato. ¿Qué podría en estos casos reclamar el contratante frustrado o desilusionado? ¿Será suficiente el reconocimiento al contratante frustrado del interés negativo, esto es, gastos más ganancias ocasionales pérdidas o la reparación deberá cubrir el interés positivo?

En un juicio por cuestionamiento de la terminación unilateral, es decir, por control judicial *ex post*, lo primero que hay que probarse es que el contrato fue terminado de manera abusiva o en contra del principio de la buena fe o que fue anulado de manera injustificada. Probado esto vendrá, entonces, el resarcimiento. Y este debería comprender en principio el interés negativo.

En el derecho italiano existe analogía entre la responsabilidad por la retractación arbitraria y aquella que se deriva de la ruptura injustificada de las negociaciones

---

<sup>4</sup> En igual sentido al artículo 2056, inciso 2, el artículo 1671 del *Codice civile* italiano, el 1794 del *Code civil* francés.

<sup>5</sup> Sobre el punto véase MATTEO DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, p. 93 y ss. Aquí se lee: "La exclusión o la limitación convencional del *ius poenitendi*, en cambio, puede asumir relevancia bajo un perfil resarcitorio. El comitente que resuelve anticipadamente la relación contractual debe resarcir el daño sufrido por la contraparte, cuyo interés en ejecutar la prestación viene perjudicado por la rescisión" (p. 95).

(art. 1337 del *Codice civile*<sup>6</sup>), por ello lo que se indemniza es el interés negativo por cuanto no se puede pretender un resarcimiento del daño que ubique al contratante desilusionado en la misma situación en la que se habría encontrado si el contrato hubiese sido concluido y ejecutado<sup>7</sup>. “La responsabilidad como consecuencia de la retractación arbitraria es sustancialmente homogénea a aquella derivada de la ruptura injustificada de las negociaciones”<sup>8</sup>. Es decir, que es una situación similar a una de las hipótesis de responsabilidad precontractual. Se indemnizan entonces los gastos en que ha incurrido el contratante frustrado más las ganancias ocasionales pérdidas, las cuales, dicho sea de paso, suelen ser las más de las veces difíciles de probar.

Sin embargo, habrá casos en que se declarará la ineficacia de la retractación y hay lugar a la ejecución coactiva de la relación contractual porque es difícil calcular el resarcimiento del daño. En estos casos, pues, no hay resarcimiento por equivalencia económica (subrogado pecuniario), sino que se obliga al contratante a ejecutar la prestación específica o *in natura* como forma de tutela al contratante frustrado. Es lo que acontece cuando se le ordena, por ejemplo, a un banco a otorgar la totalidad del crédito solicitado.

Habrán situaciones en que el resarcimiento del interés negativo no es un remedio adecuado y esto se da cuando entre las partes existe una relación de dependencia económica o cuando la empresa que padece la retractación ilegítima ha realizado inversiones teniendo en mente las exigencias del otro sujeto contractual. En estos

---

<sup>6</sup> Este artículo señala: “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”. En el derecho italiano, en el caso de la responsabilidad precontractual se debe resarcir el perjuicio patrimonial sufrido a causa de gastos inútilmente efectuados y la pérdida de ulteriores ocasiones presentadas en el curso de las tratativas (interés negativo). La indemnización no puede superar el interés contractual positivo, es decir, el resarcimiento que se debería por incumplimiento de la obligación que se deriva del contrato. Véase GIORGIO CIAN y ALBERTO TRABUCCHI, *Comentario Breve al Codice Civile, Padova*, 1984, p. 1338.

<sup>7</sup> Véase MATTEO DELLACASA, *La retractación arbitraria, entre principios y remedios*, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, No 22, enero-junio 2012, p. 107-134.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 125

casos el mejor remedio es colocar a la empresa víctima de la retractación en la misma situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiese ejecutado. “[E]l resarcimiento del interés negativo no ofrece una tutela adecuada a las razones de la empresa dependiente. En ausencia de alternativas ofrecidas por el mercado, para cuantificar el resarcimiento se debe hacer referencia al contrato no ejecutado como consecuencia de la retractación, y no al contexto de las relaciones económicas en el que el mismo se encuentra enmarcado. En consecuencia, el resarcimiento del daño sufrido por la empresa dependiente debe ser medido con el interés positivo. En otros términos, además de los gastos, la empresa dependiente no está obligada a demostrar (improbables) oportunidades de ganancias ofrecidas por el mercado, sino el lucro que había obtenido con la ejecución del contrato disuelto como consecuencia de la retractación”<sup>9</sup>. Y aquí este subrogado o equivalente pecuniario -interés positivo- aplica en tanto y en cuanto la empresa dependiente ha predispuesto su organización más que a satisfacer las exigencias del mercado para competir como cualquier otro competidor, a satisfacer los requerimientos de la empresa principal o dominante.

Finalmente, y en razón a que con seguridad la empresa dependiente ha ajustado su estructura para satisfacer las necesidades de la empresa principal con quien se ha vinculado -ha invertido energía, tiempo y dinero-, la mejor forma de tutelar al contratante frustrado sería ordenar la ejecución *in natura* del vínculo, esto es, la realización del contrato originalmente diseñado”<sup>10</sup>. Esta última solución

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>10</sup> Dellacasa en el artículo ya referido, señala en p. 131: “El resarcimiento por equivalente, además, puede resultar ineficaz en cuanto intempestivo. La empresa dependiente asume costos muy relevantes para adecuar su propia actividad a las exigencias de la contraparte, confiando en las ganancias derivadas de la ejecución del contrato para amortizar las inversiones realizadas. Tras la retractación las ganancias esperadas desaparecen, lo que hace más elevado el riesgo de insolvencia: a menudo, en efecto, las inversiones realizadas son financiadas mediante el recurso al crédito. Para anular el riesgo se hace necesaria una tutela más rápida de aquella ofrecida por el resarcimiento por equivalente, que incluso termina por ser reconocido cuando ya se ha verificado el estado de insolvencia. Las razones de la empresa dependiente pueden ser mejor y eficazmente tuteladas por la declaratoria de ineficacia de la retractación que lleva la legitimación para obtener la actuación coactiva de la relación contractual”. Esta solución la sugiere Dellacasa por cuanto en el derecho italiano es posible plantear en sede cautelar la interrupción arbitraria de las relaciones mercantiles: “sobre este específico terreno se advierte con particular intensidad la exigencia de

dependería de que el derecho procesal permita una decisión pronta o cautelar que obligue a la ejecución específica del vínculo y evite de esta manera que la empresa dependiente desaparezca por precariedad económica o financiera durante la duración de un proceso declarativo.

La posibilidad de que se solicite la continuación del contrato como medida cautelar puede ser solicitada en derecho colombiano en un proceso declarativo. En efecto, el nuevo Código General del Proceso acogió la figura de las medidas cautelares atípicas o innominadas y dentro de estas cabría la solicitud como cautela de que se siga ejecutando *in natura* el contrato que ha sido unilateralmente terminado. Señala el referido código (artículo 590) que además de la inscripción de la demanda, el juez podrá decretar cualquier otra medida que encuentre “razonable para la protección del derecho objetivo del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. [...]”<sup>11</sup>

En resumen, la ineficacia de la retractación conlleva a la tutela del contratante frustrado y este podría, entonces, ser resarcido, así: (i) con el interés negativo como si se tratara de la hipótesis de la ruptura inopinada de la tratativas de un contrato; (ii) mediante el resarcimiento del interés positivo, esto es, daño emergente y lucro cesante (sin desconocer que el incumplimiento contractual puede dar origen a compensar los daños extra-patrimoniales) y (iii) declarar la ineficacia de la retractación y ordenar la ejecución *in natura* del contrato. Ahora, si el cumplimiento específico es ineficiente porque su decisión depende de un larguísimo proceso judicial, con seguridad el equivalente pecuniario (interés negativo o positivo) se impondrá como solución resarcitoria. Sin embargo, frente a

---

proporcionar a la empresa dependiente una tutela rápida, que anticipe los tiempos del proceso declarativo” (p. 131 y 132).

<sup>11</sup> Artículo 590 del Código General del Proceso.

esta última hipótesis es posible en derecho colombiano solicitar como medida cautelar que el contrato se siga ejecutando, tal como se previó, hasta que haya una sentencia definitiva en el respectivo proceso declarativo.